

**Recurso 17/2012  
Resolución 18/2012**

**Resolución 18/2012, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (Aseja) contra la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento y mejora de los jardines y espacios verdes municipales de la ciudad de Salamanca.**

**I  
ANTECEDENTES**

**Primero.** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Salamanca de 6 de julio de 2012, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) para la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento, y mejora de los jardines y espacios verdes municipales de la ciudad de Salamanca, y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato mediante procedimiento abierto, la cual se anunció en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Salamanca el 1 de julio de 2012 y se publicó el 13 de julio en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se ha publicado igualmente en el B.O.E. nº 183 del día 1 de agosto y en los periódicos locales. El plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 31 de agosto de 2012.

**Segundo.** El 9 de agosto de 2012, D. José María Hernández de Andrés, en representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (Aseja), interpuso ante el Ayuntamiento de Salamanca recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del referido contrato, en concreto contra el criterio de valoración de las ofertas denominado "Mejora en la revisión de precios", de su cláusula 11. El recurso fue anunciado al órgano de contratación el 6 de agosto.

**Tercero.-** El recurso tiene entrada el 3 de septiembre en este Tribunal, que lo admite a trámite al día siguiente y le asigna el número de referencia 17/2012. Requerida la aportación de documentación acreditativa de la legitimación, la recurrente presenta copia de los Estatutos de la Asociación.

**Cuarto. -** Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso a los licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho, sin que conste que se haya hecho uso de este trámite.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1ª.-** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**2º.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la Asociación (Aseja) para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, que atribuye la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación "a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Una interpretación restrictiva de este precepto sería contraria a la tendencia jurisprudencial que admite la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.

Según el artículo 1 de sus Estatutos, la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (Aseja), se constituye al amparo de lo establecido en el artículo 22 de la Constitución; de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre

Regulación del Derecho de Asociación Sindical; del Real Decreto 873/1977, de 22 de abril; y de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y se configura, de acuerdo con el artículo 2, como una asociación empresarial independiente de ámbito nacional, sin ánimo de lucro y sin fines especulativos, de duración indefinida, con autonomía económica y de gobierno, y con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para cumplimiento de sus fines, la disposición de sus bienes y el ejercicio de sus derechos.

El artículo 3 dispone que su ámbito de actuación “se podrá extender, sin limitación alguna, a todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento de parques y jardines y/o trabajos complementarios en espacios ajardinados, arbolados y con todo tipo de elementos vegetales, así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat ajardinado, arbolado o vegetal que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando ésta actividad, a todo el territorio del Estado Español.

Sus fines vienen establecidos en el artículo 4 de los citados Estatutos y figuran, entre otros, los de “La representación colectiva, participación, gestión y defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos, y cualesquiera otras entidades o personalidades, públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales”.

En el presente caso Aseja representa los intereses colectivos del sector de la jardinería por lo que se considera legitimada para interponer el recurso especial contra el criterio de adjudicación del PCAP relativo a la mejora en la revisión de precios, al existir relación entre los fines y actividades de Aseja con el objeto propio del contrato.

Por otra parte, el acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1 y 2.a) del TRLCSP, al tratarse del PCAP de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 16 del mismo TRLCSP.

La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 a) del TRLCSP el cual establece que “Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo del

plazo de quince días hábiles se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que aquéllos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

Concretamente este último precepto señala que “Cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”. Como ya ha tenido ocasión de indicar este Tribunal en la Resolución 12/2012, la aplicación de este precepto en relación con el 44.2 conduce a considerar que el plazo para interponer el recurso, cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, mientras que en el caso de que se hubiera accedido a los mismos de forma telemática, dada la imposibilidad de conocer la fecha efectiva en que el interesado tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas, que es el único hito en el que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores. En este sentido se han pronunciado las resoluciones 172/2011 y 232/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la 19/2011 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón o la 61/2012, de 20 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

En este caso, no hay constancia de la toma de conocimiento del PCAP por la asociación recurrente, por lo que el recurso ha de considerarse interpuesto en plazo, al presentarse en el registro del órgano de contratación el 9 de agosto de 2012, con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, el 31 de agosto.

**3º.-** El régimen jurídico aplicable al contrato en cuestión, a tenor de lo dispuesto en el PCAP y a la fecha de su licitación, está constituido principalmente por el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso consiste en determinar la conformidad a Derecho del criterio de adjudicación “Mejora en la revisión de precios”, de la cláusula 11 del PCAP que rige la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento, y mejora de los jardines y espacios verdes municipales de la ciudad de Salamanca.

El PCAP del contrato se ocupa de la “revisión de precios” en su cláusula 22, la cual, tras señalar que “Los precios no serán objeto de actualización alguna durante el primer año natural de vigencia el contrato”, añade que “Los precios de los años sucesivos, de conformidad con los artículos 89 y 90 del TRLCSP, se actualizarán teniendo en cuenta la variación experimentada por el IPC general, calculándose el coeficiente de actualización de los mismos de acuerdo con la siguiente fórmula:  $K_t = C \times IPC_t / IPC_0 + (1 - C)$ .”

»Donde:

»- $IPC_0$  es el valor del IPC general correspondiente al mes de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas o el correspondiente al mes en que termine dicho plazo si la adjudicación es posterior.

»- $IPC_t$  es el valor del IPC general correspondiente al mes de actualización.

»-C: Coeficiente del contrato que se revisa, comprendido entre 0 y 0,85 y ofertado por el adjudicatario para el supuesto en que  $IPC_t$  sea mayor que  $IPC_0$ . En el supuesto de que  $IPC_t$  sea menor que  $IPC_0$ , C será igual a 0,85”.

»Una vez transcurrido un año desde la firma del contrato, para la valoración de obra, la revisión de precios se realizará conforme a la valoración en más o en menos del IPC general publicado en el BOE, con un coeficiente reductor de un 0,15 o el que haya ofertado como mejora el adjudicatario, aplicando esta variación sobre las unidades de obra de los precios señalados en el Anejo nº 3 y, en su defecto, los de la base de precios paisajismo en vigor, que en ningún caso serán objeto de revisión, y una vez aplicada la baja ofertada por el licitador”.

Conviene recordar que el artículo 90 del TRLCSP relativo al “Sistema de revisión de precios” permite que la revisión de precios, cuando resulte procedente, se lleve a cabo mediante la aplicación de índices oficiales, en cuyo caso será el órgano de contratación el que determinará el índice que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. El apartado 3 del precepto precisa que “Cuando el índice de referencia que se adopte sea el Índice de Precios de Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o cualquiera de los índices de los grupos, subgrupos, clases o subclases que en él se integran, la revisión no podrá superar el 85 por 100 de variación experimentada por el índice adoptado”.

En el presente contrato se adopta como índice de referencia el IPC, por lo que, como límite máximo de la revisión opera el 85% de la variación del IPC que establece el precepto transcrito y recoge el PCAP.

Por su parte, la cláusula 11 del PCAP impugnada, incluye entre los criterios de valoración de las ofertas el siguiente: “Mejora en la revisión de precios: hasta 2 puntos.

»Coeficiente del contrato sometido a revisión de precios aplicable para el supuesto en el que  $IPC_t$  sea mayor que  $IPC_0$ , comprendido entre 0 y 0,85; con el significado establecido en el artículo 22.

»A partir del coeficiente ofertado por cada uno de los licitadores ( $C_j$ ), la puntuación a otorgar a cada uno de ellos será el resultado de la siguiente operación:  $PM_j = (0,85 - C_j) / 0,85 \times 2$ ”.

La asociación recurrente considera que “incluir dicho criterio de adjudicación, y darle la puntuación pretendida por la Administración contratante en función de la baja propuesta sobre la revisión de precios, es contrario a Derecho, pues no se estaría ante criterios objetivos que pudieran afectar a las ofertas, ya que es la propia clasificación como contratista del Estado requerida como requisito específico para licitar y especificada tanto en el anuncio (...) como en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (...), la que otorga la capacidad técnica y profesional para afrontar dichos contratos”. Considera que ello supone “impedir el acceso a Sociedades cuya capacitación técnica y profesional ya ha sido valorada por la propia Administración del Estado,

vulnerando entre otros, los principios de libre concurrencia, igualdad de trato entre los candidatos y no discriminación que han de primar en todo concurso público recogidos, entre otros, en los artículos 1 y 139 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y consagrados en el artículo 14 de la Constitución Española”.

Añade que “a mayores, supone para el finalmente adjudicatario del contrato, obligarse a la prestación del servicio durante el tiempo recogido en los Pliegos, sin revisión de precios del contrato; lo que supone, unos costes a asumir por la Empresa, con gratuidad, y sin poder ser imputables al precio de aquel. Referida circunstancia (prestación del servicio sin revisión de precios - con gratuidad en ese aspecto-), podría suponer la vulneración del Artículo 88 del anteriormente referido TRLCSP el cual establece en su apartado primero que “En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato”, teniendo en cuenta, además, que en su apartado segundo se establece que el precio deberá ser precio de mercado”.

La primera argumentación en la que se funda el recurso, en cuanto considera que no es posible establecer el criterio de adjudicación referido al exigir el PCAP ya una determinada clasificación, no puede prosperar, por cuanto los criterios de solvencia y los de adjudicación del contrato tienen asignadas finalidades diferentes por la normativa de contratación y su concurrencia es apreciada en momentos diferentes.

En este sentido, el artículo 62 del TRLCSP, relativo a la “Exigencia de solvencia”, dispone en el apartado 1 que “Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”. La exigibilidad de la clasificación la determina el artículo 65.1 del TRLCSP cuando indica que “Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado (...)”.



La apreciación de la concurrencia de las condiciones de solvencia o clasificación requeridas se realiza con carácter previo a la apertura de las proposiciones de los licitadores. Así lo indica el artículo 160.1 del TRLCSP. “El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición (...)”. De acuerdo con el artículo 146 del TRLCSP sobre “Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”, entre tales documentos se encuentran, según su apartado 1.b), “Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”.

Por el contrario los tradicionalmente denominados “criterios de adjudicación” o en terminología del artículo 150 del TRLCSP “criterios de valoración de ofertas”, operan sobre la proposición formulada para su evaluación, tras la calificación de la documentación general realizada con el fin de determinar si las empresas licitadoras reúnen las condiciones de aptitud para contratar con la Administración. En este sentido, el citado artículo 160.1 del TRLCSP prosigue indicando: “Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario (...)”.

Con arreglo a ello, este Tribunal considera que el establecimiento del criterio de adjudicación en cuestión cuando concurren empresas debidamente clasificadas no vulnera los principios de libre concurrencia, igualdad de trato entre los candidatos y no discriminación de los artículos 1 y 139 del TRLCSP y en el artículo 14 de la Constitución, que invoca la recurrente.

En segundo lugar, se alega en el recurso que el criterio de adjudicación referido obligará al adjudicatario a prestar el servicio sin revisión de precios y ello podría suponer la vulneración del artículo 88 del TRLCSP, anteriormente transcrito.

Dentro de la enumeración enunciativa de los criterios de valoración de las ofertas que realiza el artículo 150 del TRLCSP se incluye la revisión de precios. El apartado 1 del precepto dispone que “Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa



deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. (...)."

Aunque por referencia a la LCAP, el informe 45/96, de 22 de julio de 1996, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, relativo a la "Revisión de precios en los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios", confirma la admisibilidad de la utilización de criterios de adjudicación relativos a las fórmulas o índices de revisión. Señala en este sentido que "En cuanto al tercer extremo consultado -si entre los criterios objetivos para la adjudicación del concurso que enumera el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede incluirse el índice o sistema de revisión y no exclusivamente la fórmula- todas las dificultades que puedan plantearse deben desaparecer si se tiene en cuenta que el citado artículo 87, aparte de la exigencia de que los criterios de adjudicación del concurso sean objetivos se limita a realizar una enumeración ejemplificativa o no exhaustiva al encabezar esta enumeración, en la que figura la fórmula de revisión, con la expresión "tales como", por lo que debe concluirse que, por concurrir el mismo carácter de objetividad, entre los criterios de adjudicación del concurso, pueden figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión".

Sentado lo anterior, este Tribunal considera que el argumento de que la aplicación del criterio impugnado puede determinar la prestación del servicio sin revisión de precios, no permite fundar la invalidez de tal criterio del PCAP, por cuanto, como señala reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 26 de septiembre de 1988), el derecho a la revisión de precios surge del pacto (pacta sunt servanda) y no de la ley. Por ello, resultará admisible que el licitador en su oferta ofrezca una mejora en este aspecto que reduzca o llegue a excluir incluso la aplicación del sistema de revisión de precios previsto en el PCAP,

sobre la base o con fundamento en el principio de libertad de pactos, el cual, al igual que en el Derecho Común, se erige también en principio básico de la contratación administrativa en el TRLCSP: “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración” (artículo 25).

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1982, que declara la inexistencia del derecho a revisión de precios por causa de una cláusula en la que el contratista expresamente renunciaba a ella. Señala al respecto que “(...) no puede desconocerse que en el caso de autos el pliego de condiciones económico-administrativas que rigió la subasta, aceptado llana e íntegramente por el adjudicatario, excluye en su condición 32 el derecho a la revisión de precios que pretende el apelante, disponiendo en términos claros y precisos que “queda sin aplicación el apartado e) del art. 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales” y dicha cláusula constituye ley del contrato de aplicación preferente, que no es contraria a las Leyes, a la moral ni al orden público y cuya fuerza vinculante para las partes es incuestionable en virtud de los principios de libertad contractual y de eficacia obligatoria de lo pactado, consagrados en los artículos 1.257 y 1.258 CC, sin que en oposición a ello pueda alegarse con éxito que la transcrita cláusula carece de naturaleza contractual o pactada por consistir en una condición impuesta *ex lege* (...) por lo que es inevitable entender que se trata de una cláusula libremente pactada y asumida sin reserva alguna por el adjudicatario (...).”

Por último, respecto a la inobservancia en la estimación del valor del contrato de los precios habituales del mercado a los que se refiere el artículo 88.2 del TRLCSP, cabe traer a colación por su claridad para resolver la cuestión la Resolución 291/2011, de 30 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual, con fundamento en el principio de control del gasto público, recuerda que aquel parámetro no constituye un límite por debajo del cual sean inadmisibles las ofertas. De este modo indica que “Al tiempo de fijarse el presupuesto o precio de un contrato hemos de partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 de la LCSP, al disponer que “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de

los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa” .

»El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 75 de la LCSP de manera tal que cuando se indica que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados” no se impone a la Administración un “suelo” consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un “suelo” nos encontramos con un “techo” indicativo”.

Este Tribunal comparte el criterio expresado, y considera por ello que tampoco cabe apreciar la infracción del artículo 88.2 del TRLCSP invocada por la Asociación recurrente en apoyo de su pretensión.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

## **ACUERDA**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la empresa por la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (Aseja) contra la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento y mejora de los jardines y espacios verdes municipales de la ciudad de Salamanca.

**SEGUNDO.-** Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).